



# 联合国打击跨国有组织犯罪公约 缔约方会议

Distr.: General  
27 August 2013  
Chinese  
Original: English

## 贩运人口问题工作组

### 第五届会议

2013年11月6日至8日，维也纳

#### 临时议程\*项目2

《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》关键概念的分析：  
侧重于“同意”概念

## 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》 关键概念的分析：侧重于“同意”概念

### 秘书处编写的背景文件

#### 一. 导言

1. 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》缔约方会议第 4/4 号决定承认，《有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》是打击贩运人口的有法律约束力的主要全球性文书。缔约方会议还决定设立一个贩运人口问题不限成员名额临时工作组，该工作组迄今已举行四届会议。
2. 缔约方会议第 6/1 号决议决定工作组的任务授权应予续延，其今后工作的领域应当酌情反映工作组第四届会议报告所载的建议（见 CTOC/COP/WG.4/2011/8，第 46-51 段）。工作组除其他外建议缔约方会议，应把继续侧重于《议定书》的关键概念，除其他外包括“同意”，作为今后各届会议审议的议题之一。
3. 本背景文件由秘书处编拟，以期工作组第五届会议的审议提供帮助。<sup>1</sup>

\* CTOC/COP/WG.4/2013/1。



## 二. 制定适当的措施

4. 在实施《有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》第 3(b)条中的“同意”关键概念时，各会员国除其他外不妨考虑以下几点：

(a) 国内法认为在哪些情况下受害人对贩运人口所表示的同意相干、哪些情况下不相关？

(b) 贩运者使用的“手段”与同意问题之间是否有联系？

(c) “同意”的对象是什么——受害人对预谋或实际进行剥削或贩运“行为”表示同意？

(d) 国内立法是否按照受害人对贩运之外的犯罪表示同意的处理方式处理对贩运人口所表示的“同意”问题？

(e) 国内法是否对成人对贩运人口罪表示同意的相干性同儿童或能力低下者等表示同意的相干性做了区分？

(f) 如何证明征得受害人同意还是未经同意？国家立法是否在剥削的严重程度同征得同意或未经同意的相关举证责任之间建立联系？

## 三. 问题概述

5. 《贩运人口议定书》第 3(b)条规定：“如果已使用本条(a)项所述任何手段，则人口贩运活动被害人对(a)项所述的预谋进行的剥削所表示的同意并不相干”。第 3(a)条列有第 3(b)条提及的手段：“为剥削目的而通过暴力威胁或使用暴力手段，或通过其他形式的胁迫，通过诱拐、欺诈、欺骗、滥用权力或滥用脆弱境况，或通过授受酬金或利益取得对另一人有控制权的某人的同意等手段”。

6. “同意”问题是贩运人口定义的关键概念之一。第 3(b)条是对受害人表示同意的地位及其同贩运者使用的“手段”的关系的明确表述。

7. 《议定书》处理贩运儿童<sup>2</sup>的方法不涉及“手段”与受害人同意之间的关系。《贩运人口议定书》第 3(c)条<sup>3</sup>对此有明确规定。因此，关于贩运儿童，不论贩运者是否使用了所述“手段”，所表示的同意均不相干。

8. 关于受害人表示同意的相干性的讨论不仅限于贩运人口罪，而是为与《议

<sup>1</sup> 关于《贩运人口议定书》关键概念的更多信息，另见秘书处编写的题为“关键概念的分析：重点考虑《贩运人口议定书》第 3 条中‘滥用权力或滥用脆弱境况’的概念”的议题文件（CTOC/COP/WG.4/2011/3）。

<sup>2</sup> 关于“儿童”的定义，见《贩运人口议定书》第 3(d)条：“‘儿童’系指任何 18 岁以下者”。

<sup>3</sup> 第 3(c)条指出：“为剥削目的而招募、运送、转移、窝藏或接受儿童，即使并不涉及本条(a)项所述任何手段，也应视为‘贩运人口’”。

定书》述及的相同的两个问题有关的国内刑事司法制度普遍提供依据：

(a) **以同意为辩护理由**：多数法域承认可将据称受害人对犯罪表示的同意作为该犯罪行为的辩护理由——例如某些形式的性攻击。然而，即使在上述情况下，同意范围可能会受到限制——例如不包括未成年或能力低下的受害者。此外，对于严重暴力犯罪，“同意”一般不可以作为辩护理由。

(b) **使同意无效的手段**：多数刑事司法制度承认可能使同意无效的“手段”，即使在同意可作为犯罪的辩护理由的情况下。

9. 鉴于该概念涉及相互冲突的价值观，因此同意问题特别难处理。尊重人的自主性和自由同其他公共政策目标相矛盾，如保护弱势人口或国际法承认的个人自由等某些固有的不可剥夺的权利。各国采用不同方式处理这些分歧。

10. 效仿《贩运人口议定书》且在同意与使用的“手段”之间建立联系的国家制度可能选择纳入《议定书》提及的所有“手段”，或者在有些情况下只纳入强迫、胁迫、欺诈和欺骗等明确使同意无效的“手段”，而不纳入未明确使同意无效的“手段”，其中包括“滥用脆弱境况”。

11. 在贩运人口方面，尤其可能出现错综复杂情况，各国应考虑到这种情况，以便界定同意不相干的领域。贩运者与受害人可能进行一系列的互动，这使得人们难以确定受害人对哪些行为表示同意。此外，可能仍不清楚据称的受害人对所涉“行为”、“预谋进行的剥削”或实际进行的剥削是否表示同意，以及为解决“同意”问题上哪些应为相干阶段。

12. 另一个重要问题是哪类受害人应得到特殊待遇，因为不论采用所述“手段”与否，其同意并不相干。《贩运人口议定书》仅提及一个这样的类别——儿童。然而，还有其他群体，鉴于其性质，可能会在国家一级予以考虑——例如智力低下者。

13. 此外，关于据称的受害人的同意，可能会产生举证问题。相关因素可能包括剥削的严重程度，但须假定剥削越严重，受害人越不可能对此表示同意。

14. 在贩运人口罪中，阐明受害人表示同意的地位尤为重要，因为根据受害人通常的行为来判断，会得出可能错误的结论，即受害人同意对其进行预谋的剥削，这一行为可能包括不加抗议长时间接受某种境况；即使有机会也不逃离此境况；没有一有机会就提出申诉；或重新回到实施虐待的雇主身边。<sup>4</sup>另一方面，将诉讼程序侧重于受害人同意问题存在危险，因为受害者行为，而非犯罪行为可能成为诉讼程序的核心。

<sup>4</sup> 见毒品和犯罪问题办公室《刑事司法从业人员打击人口贩运手册》，模块 3 和 4。另见欧安组织打击贩运人口特别代表兼协调员办公室的以下出版物：2010 年 6 月 17 日至 18 日在维也纳举行的第十次打击贩运人口联盟会议的报告，2010 年“不受保护的工作、无形的剥削：为了家庭奴役目的而贩运”；2006 年 11 月 16 日至 17 日在维也纳举行的打击贩运人口联盟高级别会议的背景文件，“对欧安组织区域为剥削劳工而贩运人口采取法律对策面临的挑战摘要”；2009 年 4 月 27 日至 28 日在维也纳举行的打击贩运人口联盟会议的背景文件，“解决欧安组织区域农业部门中为剥削劳工而贩运人口问题面临的挑战摘要”。

## 四. 应对指南

### A. 《有组织犯罪公约》和《贩运人口议定书》

15. 在《贩运人口议定书》中，如果已使用《议定书》所述的“手段”之一，则受害者对预谋进行的剥削表示的同意便不相干。在通过《贩运人口议定书》之前开展的讨论表明，对于受害人同意的效力，意见大不相同。这些意见中有指出同意完全不相干的，也有建议根本不提及同意的，以免暗示在某些情况下可能对贩运人口表示同意，即使采用暴力或欺诈手段。<sup>5</sup>《议定书》案文的最后文本是一份折中案文——虽然案文不赞同同意否定犯罪的立场，但也未采取同意永远不相干的相反立场。相反，它指出，如果使用了定义中的一种“手段”同意便不相干。

16. 关于《贩运人口议定书》第 3(b)条的解释性说明指出，不应将该项解释为对被告人享有充分辩护权和无罪推定原则施加任何限制。此外，不应将其解释为让受害者承担举证责任（A/55/383/Add.1，第 68 段）。因此，检察官仍有责任证明贩运罪的所有三个要素，以及受害人同意不相干的规定没有将举证责任转移给被告。

17. 毒品和犯罪问题办公室《打击人口贩运示范法》的评注将《议定书》第 3(b)条视为重述现行的国际法律规范，据此，“如果使用了定义所列的任何手段，则在逻辑和法律上便不可能‘同意’”。评注建议，只有“在对本国国内法中的同意问题有任何疑问的情况下”，各国才能载入一个涉及同意的单独段落。评注建议这一单独段落应使用《贩运人口议定书》的措辞。该评注述及了《议定书》方法的内在循环，据此，只有在使用所述“手段”的情况下，同意才被视为不相干，因为从表面判断，这些“手段”就其性质而言似乎会使同意失效。

18. 毒品和犯罪问题办公室/联合国全球打击人口贩运举措题为“打击人口贩运：议员手册”的出版物强调了期间表示同意可能改变其形式的各个贩运阶段。该出版物指出：

偷运移民一般会征得被偷运者的同意。而贩运人口要么从未征得同意，要么最初征得同意，但却因贩运者使用不当手段而成为一种无效行为。

### B. 缔约方会议和贩运人口问题工作组

19. 2010 年 10 月，有组织犯罪公约缔约方会议第五届会议请秘书处继续开展工作，对《贩运人口议定书》的关键概念进行分析（CTOC/COP/2010/17，第 5/2 号决议，第 10 段）。

20. 2010 年 1 月举行的贩运人口问题工作组第二届会议建议秘书处应当与缔约

<sup>5</sup> 见联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录（准备工作文件）的解释性说明（A/55/383/Add.1）。

国协商编写议题文件，以便在刑事诉讼程序中协助刑事司法人员，论述的问题包括：同意、窝藏、接受和运送；滥用脆弱境况；剥削；以及跨国性。此外，秘书处应当确保任何新的概念都被纳入现有工具和材料中（见 CTOC/COP/WG.4/2010/6，第 31(b)段）。

21. 2009 年 4 月，贩运人口问题工作组第一届会议建议，有关可能需要进一步澄清的一些概念的定义，秘书处应当与缔约国协商编拟议题文件，<sup>6</sup>协助缔约国更好地理解 and 解释《贩运人口议定书》的一些关键概念，特别是法律上的相关定义，以便在刑事程序中向刑事司法官员提供帮助（见 CTOC/COP/WG.4/2009/2，第 7 段）。

### C. 其他国际指南

22. 联合国难民事务高级专员发布的《建议的人权与贩运人口问题原则和准则》在准则 8.1 中<sup>7</sup>述及了以量身定制方式处理贩运儿童行为的重要性，并指出各国应考虑：

确保法律和政策中的贩运儿童定义体现儿童对特别保障和照顾，包括适当法律保护的需求。特别是，根据《巴勒莫议定书》，当所涉及的人为儿童时，欺骗、暴力、胁迫等证据不应成为确定所涉人口是儿童的贩运的一部分（着重部分由作者标明）。

### D. 区域指南

23. 欧洲联盟关于防止和打击贩运人口及保护贩运受害人的第 2011/36 号指令第 2 条第 4 款就成人受害者表示同意采用了《贩运人口议定书》中的做法，但阐明此同意的对象更为广泛，既包括预谋进行的剥削，也包括实际进行的剥削，同时指出：

如果已使用第 1 款所述的任何手段，贩运人口活动受害者对剥削表示同意并不相干，不论为预谋进行的剥削还是实际进行的剥削。

关于儿童受害者的同意，该指令第 2 条第 5 款采用了《贩运人口议定书》中的做法，即儿童表示同意并不相干，不论是否已使用所述“手段”，同时指出：

如果第 1 款提及的行为事关儿童，即使并未使用第 1 款所述的任何手段，也应视为应予惩罚的贩运人口罪。

24. 欧洲委员会《打击人口贩运公约》第 4 条转载了《贩运人口议定书》第 3 条中的贩运人口定义，包括关于同意的规定。关于《公约》的解释性报告强调了同意问题的复杂性，并提供了与所涉关键问题有关的准则，包括可能表示

<sup>6</sup> 迄今，秘书处已发布一份题为“关键概念分析：重点考虑《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》第 3 条中“滥用权力或滥用脆弱境况”的概念”的议题文件（CTOC/COP/WG.4/2011/3）。

<sup>7</sup> 可查阅 [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary\\_Human\\_Trafficking\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_en.pdf)。

“同意”的阶段，同时指出：

同意问题并不简单，确定在什么情况下自由意志结束且开始受到限制并不容易。在贩运活动中，一些人并不知悉他们将遭遇哪些情况，而其他人却清楚知道例如他们将从事卖淫活动。然而，虽然一些人可能希望就业，并且可能愿意从事卖淫活动，但这并不意味着他们同意遭受各种形式虐待。为此，第 4(b)条规定，不论受害人同意被剥削与否，均存在贩运人口。

25. 在《巴厘进程》<sup>8</sup> 框架内编制的《将贩运人口定为刑事犯罪示范法》提供了处理该问题的替代方式，即不论使用所述“手段”与否，同意均被视为不相干，并且同意对象可以是贩运过程或剥削过程。《示范法》第 6 条规定：

就第 3、第 4 和第 5 条而言，<sup>9</sup>被贩运者对贩运人口或剥削所表示的同意并不是一项辩护理由。

26. 阿拉伯司法部长理事会于 2005 年 11 月通过的、阿拉伯内务部长理事会于 2006 年通过的阿拉伯国家联盟《打击人口贩运罪示范法》赞成《贩运人口议定书》中的一般做法——如果已使用所述“手段”，同意便不相干，但《示范法》载有不仅给予儿童特殊待遇，而且还给予“被剥夺法律人格者”特殊待遇的内容。《示范法》第 2 条规定：

如果已使用本法第 1 条第 1 款所述的任何手段，贩运罪受害者对进行的剥削表示同意便不相干。（非正式译文）

在贩运儿童或被剥夺法律人格者情况下，不得要求使用上述手段，经其监护人同意或者其监护人表示的同意在任何情况下均不相干。

## E. 国家对策

27. 各国就贩运人口罪受害人同意的认定采取了不同的做法。一些国家采取了《贩运人口议定书》中的做法，因为它们认为如果已使用所述“手段”，同意便不相干，除非在贩运儿童情况下，其中不论使用相关“手段”与否，同意均不相干。这包括《西班牙刑法》（第 177 条之二）、埃及人民议会 2010 年关于打击贩运人口的第(64)号法律（第 3 条）以及肯尼亚 2010 年《打击贩运人口法》（第 3 条第(2)和(3)款）。

28. 国家一级采用的另一种做法是效仿《贩运人口议定书》，并在贩运者使用的“手段”与同意问题之间建立联系，但不包括《议定书》提及的所有“手段”，如“滥用脆弱境况”（见泰国的《打击贩运人口法》B.E.2551 (2008)（第 4 条和第 6 条第(2)款））。

<sup>8</sup> 自 2002 年启动以来，《关于偷运人口、贩运人口和有关跨国犯罪的巴厘进程》（《巴厘进程》）一直把提高该区域对偷运人口、贩运人口和有关跨国犯罪的认识作为其目标，并为此制定和执行了各项战略，开展了切实合作。40 多个国家和多个国际机构参加了这一自愿性论坛。在《巴厘进程》框架下编制的《将人口贩运定为刑事犯罪示范法》可查阅：[http://www.baliprocess.net/files/Legislation/Model\\_legislation.pdf](http://www.baliprocess.net/files/Legislation/Model_legislation.pdf)。

<sup>9</sup> 第 3 条涉及贩运人口罪；第 4 条涉及贩运儿童罪；以及第 5 条涉及剥削被贩运者罪。

29. 一些国家认为受害者表示的同意并不相干，并且与所使用的“手段”毫无关联。汤加 2005 年《跨国犯罪法》（第 26 条）和印度尼西亚 2007 年《消除贩运人口犯罪行为法》（第 26 条）便属这种情况。

30. 白俄罗斯和阿拉伯联合酋长国等其他国家没有明确处理对贩运人口表示同意的具体立法。然而，在没有具体立法的国家中，一些国家有处理这一问题的判例法。<sup>10</sup>

31. 关于贩运儿童，许多国家采用《贩运人口议定书》的做法，即如上文第 28 段所述，不论使用所述“手段”与否，儿童表示同意并不相干。另一方面，一些国家要求涉及所述手段，即使是在贩运儿童情况下，而且在这种情况下，没有对儿童表示同意与成人表示同意做出区分；只有使用了所述“手段”，这两者表示的同意才不相干。这种立法的一个例子是安提瓜和巴布达 2010 年《（防止）贩运人口法》（第 19 条）。

32. 关于在受害者同意的情况下给予不同待遇的人员类别，一些国家在界定不论使用所述“手段”与否同意均不相干的人员类别方面，比《贩运人口议定书》更进了一步。例如，根据卡塔尔 2011 年关于打击贩运人口的第 5 号法律，同儿童一样，“能力不足者”也被给予特殊待遇（第 3 条）。

33. 虽然没有具体涉及贩运行为，但与同意有关的一个篇幅较大的章节可参看《格林纳达刑法》（第 15 条），该法在若干情况下将同意视为无效，包括通过欺骗或胁迫手段征得同意（第 15(b)条），或为了所代表的人的利益非善意地征得父母或监护人的同意（第 15(d)条）。

34. “同意”定义的一个实例可参考肯尼亚 2010 年《打击贩运人口法》第 2 条，该条规定：

某人“同意”系指此人在有选择而且有做出选择的自由和能力时表示同意。

35. 美国国务院《打击贩运人口示范法》采用了《贩运人口议定书》的做法，同时阐明“同意的对象是“预谋进行或者既遂的剥削”（第二条，第 200 和 206 款）。

<sup>10</sup> 挪威和以色列均属于这种情况。对于以色列的相关案例，见毒品和犯罪问题办公室贩运人口判例法数据库，网址是：[www.unodc.org/cld/index.jsp](http://www.unodc.org/cld/index.jsp)。

## 附件

## 关键工具和推荐的参考资料

## 毒品和犯罪问题办公室

## 《打击人口贩运示范法》

制定《打击人口贩运示范法》旨在帮助各国执行《公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》所载的各项规定。该法旨在便利审查和修正现行立法及通过新的立法。《示范法》不仅涵盖将贩运人口及相关罪行定为刑事犯罪，还涵盖援助受害人以及与不同国家当局和非政府组织建立合作关系的不同方面。《示范法》中的每一条款均附有详细评注，其中酌情向立法者提供了若干选择，以及法律来源和实例。特别相关的是第 5 条，该条提供了第一种界定“滥用脆弱境况”的处理方法。

可查阅：[http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model\\_Law\\_against\\_TIP.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_against_TIP.pdf)。

## 毒品和犯罪问题办公室

## 《刑事司法从业人员打击人口贩运手册》

《刑事司法从业人员打击人口贩运手册》是开展全球合作进程的成果，在这一进程中，来自学术界、非政府组织、国际组织的专家代表以及世界各地的执法人员、检察官和法官贡献了自己的专业知识和经验。根据《贩运人口议定书》，《刑事司法从业人员打击人口贩运手册》旨在帮助刑事司法从业人员预防贩运人口、保护受害者、起诉罪犯，并为实现上述目标开展所需的国际合作。

模块 3 “贩运人口受害者的心理反应”和模块 4 “贩运人口中的控制方法”介绍了在贩运人品情况下衡量受害者同意的复杂性。

## 联合国人权事务高级专员办事处

## 《建议的人权与贩运人口问题原则和准则》——评注

评注通过确定《原则和准则》中能够与既定的国际法律权利和义务相关联的那些方面，力求就法律地位问题提供明确的指导。它利用《原则和准则》详细概述了贩运人口的法律方面，特别侧重于（但不专门论述）国际人权法。它提供法院和法庭的判决，以说明如何将《原则和准则》用于实践。

原则 5 和相关准则：进行干预以缓解加剧脆弱性的因素，主要论述预防，但也论述受害人脆弱性问题，可作为特别脆弱境况的一个实例。

可查阅：[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary\\_Human\\_Trafficking\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_en.pdf)。



## 联合国全球打击人口贩运举措 《议员手册：打击人口贩运》

各国议会联盟与毒品和犯罪问题办公室在联合国全球打击人口贩运举措框架内，制定了一本手册，以激励议员颁布健全的法律，并采用将增强国家应对贩运人口行为的良好做法。值得注意的是，《手册》强调了同意可能改变其形式的各个贩运阶段，同时强调偷运移民一般会征得被偷运者的同意，而贩运人口要么从未征得同意，要么最初征得同意却因贩运者使用不当手段而成为一种无效行为。

可查阅：[http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/UN\\_Handbook\\_engl\\_core\\_low.pdf](http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/UN_Handbook_engl_core_low.pdf)。

### 《不受保护的工作、无形的剥削：为家庭奴役目的而贩运》

欧安组织打击贩运人口特别代表兼协调员办公室的报告是关于 2010 年 6 月在维也纳制定的打击贩运人口联盟框架下的报告。撰写该文件以简要介绍各国针对为家庭奴役而贩运人口采取法律对策的做法和面临的挑战，并使用欧安组织区域内报告的案件加以说明。目的是协助参与国制定和实施国家打击贩运人口政策以履行欧安组织的承诺和其他相关国际义务，并有助于弥合国际承诺、国家打击贩运对策和被贩运者经验之间的差距。

个案研究包括受害者似乎对进行的剥削表示同意的情况及其理由。

可查阅：<http://www.osce.org/cthb/75745>。

### 针对欧安组织区域内为剥削劳工而贩运人口采取法律对策面临的挑战摘要

欧安组织打击贩运人口特别代表兼协调员办公室的报告是关于 2006 年 6 月在维也纳举行的打击贩运人口联盟会议的背景文件。撰写该文件以简要介绍各国针对为家庭奴役而贩运人口采取法律对策的做法和面临的挑战，并使用欧安组织区域内报告的案件加以说明。目的是协助参与国制定和实施国家打击人口贩运政策以履行欧安组织的承诺和其他相关国际义务，并有助于弥合国际承诺、国家打击贩运对策和被贩运者经验之间的差距。

该文件论述了受害者似乎对进行的剥削表示同意的情况。

可查阅：<http://www.osce.org/cthb/24342>。

### 应对欧安组织区域内农业部门中为剥削劳工而贩运人口面临的挑战摘要

由欧安组织打击贩运人口特别代表兼协调员办公室编写的这一报告对一个特定的经济部门——农业部门——中的劳工贩运情况进行了分析。它论述了农业部门当前面临的挑战，目的是协助参与国、决策者和非政府组织。

该报告载有表明同意与胁迫之间的关联的情况（例如见第 29 页）。

可查阅：<http://www.osce.org/cthb/37937?download=true>。